

Expediente Número: FBB - 1140/2021 **Autos:**

G., T. M. c/ OSECAC s/DAÑOS Y PERJUICIOS

Tribunal: CAMARA FEDERAL DE BAHÍA

BLANCA / SECRETARIA N° 1

Asume intervención

Excma. Cámara:

Horacio J. AZZOLIN, Fiscal de la Procuración General de la Nación, a cargo de esta Fiscalía General, en el expediente del epígrafe digo:

I.- Vengo a asumir la intervención conferida a este Ministerio Público Fiscal (art. 52, 2º párrafo de la ley 24.240, arts. 1º, 25 a), g) y h), y 41 a) de la ley 24.946; arts. 1º y 31 a), b) y d) de la ley 27.148).

II.- Llegan las actuaciones a esa alzada para entender en el recurso de apelación interpuesto por la señora T. M. G., contra la resolución dictada el 7/05/2021 por la titular del Juzgado Federal n° 2 de esta ciudad, que al declarar su competencia para entender en las actuaciones (conf. art. 38 de la ley 23.661), dispuso que “Toda vez que la actora ha solicitado el beneficio de gratuitad de conformidad con lo dispuesto por el art.53 in fine de la Ley 24.240 y considerando la suscripta que el presente caso no encuadra dentro los parámetros establecidos para la aplicación de la ley de defensa del consumidor, a lo peticionado no se hace lugar. En consecuencia, previo a todo trámite,oblada que sea la pertinente tasa de justicia, se proseguirá”.

III.- Antecedentes: Mediante la demanda interpuesta, la accionante -en su carácter de viuda y heredera de N. O. D. L.- reclama daños y perjuicios a la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), a fin de obtener el reintegro de los montos desembolsados en la realización a su difunto esposo de un tratamiento de radioterapia de intensidad modulada (RDT IM), cuya cobertura fuera ordenada por sentencia judicial (en autos “D. L., N. O. c/ OSECAC s/AMPARO LEY 16.986”, Expte. n° XX.XXX/2015 que tramitara ante el Juzgado Federal n° 2 de Bahía Blanca, Secretaría Civil n° 4), y que jamás fueran afrontados por la demandada. Además solicita la indemnización del daño moral y daños punitivos. Finalmente, señala que su reclamo se trata de una relación de consumo amparado por la ley 24.240 y los arts. 1092 y ss. del CCyC.

En atención a que la magistrada titular del Juzgado Federal n° 2 resolvió que la ley de defensa del consumidor no aplica al caso, la accionante interpuso el recurso de apelación que llega en análisis.





Sus agravios -en síntesis- son los siguientes: **a)** la falta de fundamentación, motivación y argumentación, dada la invocación de “consideraciones” desconocidas (vulnerando el art. 34 inc. 4º del CPCC); y **b)** la obligatoria aplicación en el caso de la ley 24.240 (de orden público según el art. 65).

IV.- Al respecto, debo señalar que el Ministerio Público Fiscal de la Nación cuenta con el “Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores”, que fuera creado por la resolución PGN nº 2968/2015 en atención a la importancia y desenvolvimiento que tienen los consumidores y usuarios en el actual sistema económico y social que adoptó nuestro país luego de la reforma constitucional del año 1994, que incorporó los arts. 42 y 43 a su texto (<https://www.mpf.gob.ar/programa-consumidores/>).

Entre las muchas funciones del programa, se puede mencionar la de “*asistir a los/as fiscales del ámbito civil, comercial, civil y comercial federal y contencioso administrativo -cuando así lo requieran- en las intervenciones y dictámenes que se encuentran previstos en la Ley de Defensa del Consumidor*”.

Dada la especialización de las personas que se desempeñan en el mencionado programa, desde la Fiscalía General a mi cargo se requirió -a modo de colaboración para este dictamen- la opinión de dicha dependencia, actualmente a cargo de la Fiscal General por ante la Cámara Nacional en lo Comercial, Dra. Gabriela BOQUIN.

a) En primer lugar, y en coincidencia con el primer agravio del recurso de apelación, hay que destacar que la resolución en crisis no se encuentra “*razonablemente fundada*” (conf. lo establece el art. 3 CCyC), y por ello resulta imposible conocer los fundamentos que tuvo la jueza federal *a quo* para no aplicar la ley 24.240 a las presentes actuaciones.

Sus motivos han quedado en la esfera de sus pensamientos, dado que solamente se limitó a sostener que ella no la consideraba aplicable, si explicar el por qué.

Uno de los deberes de los jueces es “*fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria*”, y la sanción fijada ante su incumplimiento es la nulidad (art. 34 inc. 4º del CPCC).

Por ende, atento la inobservancia de tal precepto, corresponde que se aplique la pena establecida en el código ritual.

b) Sin perjuicio de ello, se abordará la situación de fondo planteada, que es establecer si la contienda se encuentra alcanzada por la normativa tuitiva de consumo -art. 1092 ss. del CCCN y ley 24.240-.

En tal sentido, me remito al informe técnico que nos hiciera llegar el “Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores”, que textualmente dice:

“La existencia de relación de consumo entre el afiliado y la obra social:



Un abordaje metodológico implica comenzar por analizar si la relación que existió entre el Sr. D. L. N. O. (afiliado) y la demandada OSECAC se encontraba comprendida en una relación de consumo.

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia ha sido conteste respecto de la aplicación de la LDC en la relación comprendida entre las personas adherentes y las empresas de medicina prepaga (CSJN, 13/03/01, "Etcheverry, Roberto Eduardo c./ Omint Sociedades Anónimas y Sevicios", JA, 2001-III-390; Ghersi, Carlos A. Weingarten Celia y Ippolito Silvia. Contrato de Medicina Prepaga Ed Astrea pág. 107; Lorenzetti, Ricardo L. "La empresa médica", Ed. Rubinzzal-Culzoni, Pág. 132 y siguientes entre otros), por el contrario, se han planeado algunos interrogantes respecto de si ese mismo criterio es aplicable al vínculo existente las personas afiliadas y las obras sociales.

En este sentido nos parece de toda claridad un reciente fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala II, "Usuarios y Consumidores Unidos c./ Obras Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s / incumplimiento de prestación de obra social" Expediente 2996/2017" donde se puso de manifiesto que la relación comprendida entre las personas afiliadas y las obras sociales se encuentra alcanzada por la LDC.

Al respecto se dijo que "*(...) no existe óbice alguno para aplicar, en el caso, las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, como así tampoco la restante normativa que tutela los derechos de los consumidores y usuarios. (...) no existe fundamento legal para prescindir del resguardo constitucional que le confiere el art. 42 de la Constitucional Nacional a los afiliados a la obra social, en cuanto establece expresamente que "todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud...". Y, en ese sentido, no se encuentran justificadas las diferencias que la apelante pretende convalidar entre quienes se encuentran vinculados a un servicio de salud bajo el régimen de medicina prepaga o de afiliación obligatoria, intentando excluir a estos últimos del amparo de aquella regulación. Esa disquisición entre usuarios de la prestación de un servicio de salud -aun sin desconocer la génesis disímil de cada uno de los negocios jurídicos-, no surge del texto de la ley, ni se encuentran motivos para efectuar la interpretación que la obra social propone en cuanto a los alcances que habría de conferírsele al término "relación de consumo", circunscribiendo la aplicación del estatuto del consumidor únicamente a la existencia de un vínculo contractual.*

Para que el régimen protectorio al cual se ha hecho mención se torne aplicable, debemos estar en presencia de una relación de consumo, es decir, el vínculo jurídico entre consumidor y





proveedor que se establece de conformidad con los arts. 1092 y 1093 del CCCN y los arts. 1º, 2º y 3º de la LDC.

El texto constitucional -art. 42 CN- adopta la expresión relación de consumo porque la visión es más amplia que mero contrato pues es comprensiva de todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. La ley 26.361 con este criterio amplio incorpora la expresión “relación de consumo” (Farina, Juan M. “Defensa del consumidor y del usuario” 4ta. Ed Atrea Buenos Aires 2008, pág. 21).

Sumado a ello respecto a la relación de consumo se ha dicho que “El suscitado vínculo jurídico y su extensión, surgirán de los límites que la legislación fije, debiendo establecerse de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica de mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles” (Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, 2º Ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 74).

La relación y convergencia del derecho a la salud con la medicina, y la participación de los principales agentes que la integran, prestadores del servicio, empresarios, médicos, autoridades estatales y quienes se encuentran en el lado opuesto, el ciudadano, que al mismo tiempo es consumidor, trabajador, paciente, nos permitirá abordar la temática con una visión más expansiva. (...) Al hablar de la prestación del servicio de salud, advertimos que la persona física “utiliza” el servicio de asistencia médica, sin entrar en juego ni en debate, la existencia o no de una contraprestación, el ánimo de lucro, la existencia propiamente dicha de la celebración de un contrato, pues la normativa no lo requiere para calificar a la relación de consumo. (Nucciarone, Gabriela A. “Responsabilidad del Estado en la prestación del Servicio de Salud”, en la obra colectiva dirigida por Ghersi-Weingarten “Defensa de los derechos de usuarios y consumidores” TII Ed. Nova Tesis, Rosario 2016, pág 520

En definitiva, esta dependencia entiende que dar un tratamiento diferenciado, respecto a la aplicación tuitiva de la ley 24.240 a la relación que unía al afiliado D. L. N. O. con OSECAC respecto de cualquier otra persona afiliada a una empresa de medicina prepaga implicaría violentar el principio constitucional de igualdad ante la ley.

5.2. De la continuidad de la relación de consumo en cabeza de la heredera accionante.

Habiéndome referido a la existencia de relación de consumo entre el afiliado Sr. D. L. y la obra social



demandada, con la consecuente aplicación de la LDC, resta entonces puntualizar si la presente acción, iniciada por la heredera cónyuge supérstite -ver documental agregada al expediente digital- corre la misma suerte, respecto si le resulta de aplicación el régimen tutivo de defensa de los usuarios y consumidores.

Para ello es preciso señalar que la vinculación existente entre las partes del presente proceso -G. T. y OSECAC- configura una relación de consumo, toda vez que la heredera del causante quedó alcanzada por la noción de consumidor del art. 1 de ley 24.240, pues con la declaratoria de herederos se ha emplazado en la situación legal existente entre el afiliado y la obra social, en lo referente a sus derechos como obligaciones.

Esta afirmación se deriva de la aplicación del artículo 2277 del CCCN en cuando dispone que la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguieren por su fallecimiento.

Por otra parte, la amplitud con la que se consagran los diversos derechos del consumidor (protección de la salud, seguridad, intereses económicos, información, libertad de elección, asociación, educación, control, prevención, etc.) dentro de la cláusula constitucional, conlleva un cambio cualitativo que trasciende holgadamente las fronteras del Derecho Privado, para situarse como uno de los ejes centrales del nuevo sistema constitucional.

Ello propone un análisis integral de tutela, entendiendo que la accionante en autos no solo ha invocado su condición de heredera para lograr que se le reintegren las sumas abonadas para procurar el tratamiento terapéutico de su cónyuge, sino que además quedó expuesta a los avatares y onda expansiva de los posibles daños que esa relación de consumo central provocó en el núcleo familiar.

En tal entendimiento es que este Programa entiende que no existe óbice legal alguno para que en las presentes actuaciones deba aplicarse el régimen tutivo de consumo.

6. Beneficio de gratuidad art. 53 de la LDC.

Conforme lo expuesto precedentemente, siendo de aplicación la ley 24.240 corresponde en consecuencia que la accionante goce de la franquicia dispuesta en el artículo 53 de dicho cuerpo normativo.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio que no ha sido materia de agravios, considerando las diversas posturas que se han suscitado sobre el alcance del beneficio de gratuidad, es que nos parece relevante remitirnos al dictamen emitido por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelación en lo Comercial, en los autos "Hambo, Debora Raquel c/ CMR Falabella S.A. s/ Sumarísimo" (expte. 757/2018) en tratamiento por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en pleno, cuya resolución se encuentra aún pendiente".





Por todo lo expuesto, corresponde se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

FISCALÍA GENERAL

